Der Verstoss gegen die guten Sitten

Rudolf Leonhard

Der Verstoss gegen die guten Sitten

Rudolf Leonhard

Sonderdruck

aus der E. I. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift:

„Aus Römischem und Bürgerlichem Recht“.

Der Verstoß gegen die guten Sitten.

Erörtert

von

Dr. Rudolf Leonhard.

In der Lehre von den boni mores verwandelt sich die Dunkelheit der Theorie in Ungewißheit der Rechtspflege und Unsicherheit des Rechtslebens. Verschieden sind die Maßstäbe zur Bestimmung der guten Sitten, und die Wissenschaft muß daher als höhere Instanz angerufen werden. Diese findet aber in den Rechtsquellen die Begriffsmerkmale der boni mores mehr vorausgesetzt als bestimmt. Dies nötigt uns, in eine dunkle Begriffswelt hinabzusteigen, die in den „Grenzmarken" unserer Wissenschaft liegt, in denen Grenzverwirrung und Grenzstreit herrschen.

Bekannt ist Iherings bahnbrechende Unterscheidung von Sittlichkeit und Sitte[1]), ebenso bekannt aber auch Kohlers Anknüpfung der Richterpflicht an sittliche Ideale[2]) und nicht minder Stammlers eigenartige und beachtenswerte Verknüpfung der Lehre von den guten Sitten mit seiner Lehre vom richtigen Rechte.[3])

Was für das römische Recht (namentlich von Lotmar)[4]) geleistet worden ist, wird dann für die Rechtspflege der Gegenwart belanglos scheinen, wenn man den Einfluß des gemeinen Rechts auf den Inhalt des BGB. grundsätzlich außer Betracht lassen will, was leider vielfach geschieht. Dafür ließen sich freilich hier allenfalls besondere Gründe anführen. Daß der Verstoß gegen die guten Sitten sich mit dem römischen contra bonos esse völlig deckt, werden wohl nur wenige bezweifeln. Dagegen ist es zweifellos, daß die in § 826 modernisierte actio de dolo nur im BGB., nicht

---

[1]) Zweck im Recht Bd. II Kap. 9. — [2]) Vgl. Lehrb. des bürg. R. Bd. I S. 13 ff., II S. 93 ff. — [3]) Vgl. namentlich neuerdings Stammlers Ausführungen in der „Systematischen Rechtswissenschaft" (Hinnebergs, Kultur der Gegenwart), Teubner 1906, S. XLIII ff. — [4]) Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896.

im älteren Rechte von einem Verstoße gegen die guten Sitten abhängig gemacht ist. Zunächst liegt also die Vermutung nahe, daß das BGB. mit seinem Begriffe eines Verstoßes gegen die guten Sitten ein Neuland betreten hat, auf das ihm die Rechtspflege folgen muß, indem sie jeden Hinblick auf das ältere Recht vermeidet.

Das alte everriculum omnium malitiarum, wie Cicero die actio de dolo nennt, gilt übrigens auch in seiner erneuten Gestalt keineswegs als stumpfe Waffe. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß man die neue allgemeine Deliktsklage des § 826 auch in dem Kampfe verwertet, der die Grundlagen unserer Wirtschaftsordnung zu erschüttern droht. Es handelt sich darum, ob man wegen Verleitung zum Vertragsbruch, die bei den Streiks häufig vorkommt, auf Schadenersatz klagen kann. Diese Frage ist darum besonders wichtig, weil die Verführer oft zahlungsfähiger sind als die Verführten.[1])

Ihre Beantwortung ist nichts weniger als zweifellos. Sie steht aber darin nicht allein. Eine Reihe interessanter Rechtsfragen aus der Lehre von den guten Sitten entscheidet Stammler im Verwaltungsarchive.[2]) Besondere Zweifel erweckt insbesondere die Giltigkeit der Geschäfte über Sachen, die unsittlichen Zwecken dienen. Namentlich ist der Erwerb der Bordelle vielfach für ungiltig und andererseits für rechtlich möglich erklärt worden.[3])

Die hiernach sehr wichtige Untersuchung der Merkmale des Verstoßes gegen die guten Sitten zerfällt, wie sogleich in die Augen springt, in drei Fragen:

1) Welches sind die Merkmale eines Verstoßes gegen eine Sitte?
2) Welches sind die Merkmale der Sitte?
3) Worin liegt der Maßstab für eine Sonderung der Sitten in gute und böse?

---

[1]) Vgl. Wolfgang Hein (dessen Name in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 58 [N. F. 43] S. 609 durch einen Druckfehler entstellt ist): Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht. Breslau, Marcus, 1906 (Heft 18 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts). — [2]) Bd. 15 S. 56 ff. — [3]) Vgl. Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, S. 384.

Diese Fragen hängen mit einer Reihe verwickelter Rechtszweige eng zusammen. So z. B. mit der Lehre von der Vertragsauslegung, bei der bekanntlich die Verkehrssitte neben Treu und Glauben eine Rolle spielt (§ 157 BGB.), der Lehre von den sittlichen Pflichten (§ 814), von dem Empfange, der gegen die guten Sitten verstößt (§ 817) u. a. mehr.

Eine Abhandlung, der ein bevorstehendes Fest eine kurze Endfrist setzt, kann sie nicht erschöpfen. Das Nachfolgende beschränkt sich darauf, frühere Ausführungen[1]) gegenüber abweichenden Ansichten[2]) zu befestigen.

Der Hauptpunkt der Untersuchung ist die Frage, ob der Richter bei der Feststellung eines Verstoßes gegen die guten Sitten auf solche tatsächliche Gebräuche zu sehen hat, die ihm durch die Erfahrung gegeben sind, also an bestehende und bereits betätigte Sitten gebunden ist, oder ob er, frei von dieser Fessel, beachten muß, was nach seiner Überzeugung Sitte sein sollte oder müßte.[3])

Gegen die Meinung, daß ein bereits bestehender tatsächlicher Gebrauch bei dem rechtserheblichen Verstoße gegen die guten Sitten vorausgesetzt wird, scheint zunächst der Umstand zu sprechen, daß die Sitten nach einer verbreiteten Meinung keine Imperative in sich schließen, daß man aber von einem Verstoß doch wohl nur da reden kann, wo ein Gebot verletzt wird. Nur bei Rechtssätzen nehmen manche ein solches an, obwohl es bekanntlich auch nicht an Rechtslehrern fehlt, die die imperative Natur der Rechtssätze leugnen. Ihre Ansicht mag darin eine gewisse Stütze haben, daß das Gesetz zuweilen nicht antreibt, sondern nur ermächtigt, namentlich bei der Anerkennung von Rechtsgeschäften. Allein selbst da, wo das Gesetz ein bestimmtes

[1]) Allg. Teil des BGB., Guttentag 1900, S. 372 ff. — [2]) Vgl. über diese Hein a. a. O. S. 70 ff. — [3]) Von diesem Gegensatze allein redet der Verf. in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 58 (n. F. 43) S. 609. Nur in diesem Punkte findet er dort eine Ähnlichkeit zwischen den Ansichten Kohlers und Heins, ohne die grundsätzliche Verschiedenheit beider Ansichten zu verkennen, namentlich in der Frage, ob es sich bei der guten Sitte um Sitten-, bzw. Sittlichkeitsgebote handelt, oder um ein besonders geartetes Recht, das „richtige Recht" nach den methodologischen Ausführungen Stammlers. Vgl. Hein S. 72 ff. 131.

Verhalten erwartet (z. B. das Erscheinen vor Gericht), läßt es zuweilen nur ausnahmsweise einen Zwang (z. B. einen Gestellungszwang) eintreten und überläßt es im übrigen dem einzelnen ganz und gar, ob er sich durch angedrohte Nachteile zu einem bestimmten Verhalten hintreiben lassen will, ohne daß das Gesetz dies verlangt (daher der bekannte Streit über den Namen des sog. Einlassungszwanges). Selbst da, wo das Gesetz ein bestimmtes Verhalten wünscht, erzwingt es oft nicht dieses selbe Verhalten, sondern wirkt nur mittelbar durch einen andern Zwang darauf ein[1]) (z. B. Androhung der Geldstrafe bei verweigerter Übernahme der Vormundschaft).

So steht es mit dem Einflusse der Gesetze auf das Verhalten der Rechtsuntertanen. Was dagegen die sanctio legis betrifft, so enthält sie allerdings in der Regel einen Befehl an die Diener des Gesetzes, der gegenüber der höchsten Instanz freilich nur eine lex imperfecta sein kann. Aber auch von der gebietenden Kraft der sanctio muß man eine Ausnahme dann feststellen, wenn der Gesetzgeber die sanctio seiner Äußerung selbst vollstreckt, wie in dem bekannten prätorischen: „iudicium dabo". Hier liegt ein Versprechen vor, gewissermaßen ein Befehl, den der Urheber gegen sich selbst richtet. Jedenfalls ist aber auch hier ein „Verstoß" gegen den Rechtssatz ohne jeden Zweifel möglich.

Gegen eine Sitte kann man dagegen nur in der Voraussetzung verstoßen, daß irgendwo ein Befehl oder Wunsch vorliegt, demzufolge der Sitte Beachtung geschenkt werden soll. Solche Sitten*gebote* darf man nicht mit den Sitten, d. h. tatsächlichen Gebräuchen, verwechseln, wie das in der Regel geschieht. Es wird andererseits geradezu behauptet[2]), daß jedes Gehorsamsgebot dem Wesen der Sitte widerstreite, obwohl nicht geleugnet wird, daß tatsächlich auch bei bloßen Sitten eine solche gebietende Tendenz sich bemerkbar macht. Richtig ist jedenfalls, wie Stammler hervorhebt, daß es bloß einladende Sitten gibt, die ihre Nachahmung nur anempfehlen, aber nicht gebieten wollen. Ja es gibt neben den verpflichtenden und den zur Nachfolge

[1]) Darauf beruht die bekannte Unterscheidung der Neueren zwischen Pflicht und Haftung. — [2]) Vgl. z. B. Stammler a. a. O. (Syst. R. W.).

anreizenden Sitten noch eine dritte Gruppe von Sitten: Gewohnheiten und Lebensregeln, die auf das Verhalten anderer Menschen überhaupt gar nicht einwirken wollen und doch gute Sitten genannt werden dürfen, ja sogar vielfach die allerbesten sind. Man denke an zarte Rücksichten, die gewohnheitsmäßig ohne jeden eigennützigen Gedanken ausgeübt werden und ohne jeden Wunsch als Vorbild zu dienen. Gerade bevorzugte Naturen stellen an sich hohe Anforderungen, denen gewöhnliche Sterbliche nicht in gleichem Maße zu genügen vermögen, und die vortrefflichsten Menschen sind solche, die, gegen sich selbst streng und gegen andere nachsichtig, ihre Eigenart treu bewahren, aber keinem andern aufzwingen wollen.

Man kann daher nicht bei allen Sitten von Geboten und streng genommen auch nicht von Verstößen reden. Daß man es aber bei gewissen Sitten kann, sollte nicht bestritten werden, mag auch der Name „Imperativ" hier vielleicht bemängelt werden. In seiner ursprünglichen Bedeutung setzt der Befehl oder Imperativ allerdings zwei Menschen voraus, einen Befehlenden und einen Befehlsempfänger. Die allgemeine Redeweise hat aber diese Ausdrücke längst in wohlverständlicher Weise auf alle Verhaltungsregeln ausgedehnt, in die uns irgendeine Sachlage hineindrängt, auch ohne jedes Kommandowort. Ein Gebot ist alles, was den Menschen zu einem gewissen Verhalten hintreibt.

In diesem Sinne reden wir namentlich von dem Naturgebot bei allem, was die äußere Naturgewalt oder auch die innere Natur des Menschen ihm aufzunötigen sucht, weil diese Antriebe den eigentlichen sozialen Geboten gleichen, die sich aus dem menschlichen Zusammenleben entwickeln (den Rechtssätzen, Religionsvorschriften, Gewissensgeboten und Anstandsregeln).

Auch bei dem Naturgebote müssen wir, um Klarheit über den Begriff des Verstoßes zu gewinnen, zwei verschiedene Erscheinungen voneinander sondern, die von der Sprache vermischt werden: die unübertretbaren Naturgebote und solche, gegen die ein Verstoß denkbar ist. Unfehlbar wirkt das Walten der Natur, wo es den Menschen als Gegenstand einer vis absoluta ergreift, wie bei Geburt und

Tod. Nolentem fata trahunt. Übertreten können wir aber trotzdem eine andere Art von Geboten der Natur, die nur durch vis compulsiva auf uns wirkt, d. h. Regeln, die der Mensch zu seinem Besten aus dem Walten der Natur als Maßstäbe seines Verhaltens herausliest. Dahin gehören namentlich die Gesundheitsregeln, wie man sie oft mit Hilfe eines Arztes findet, der sie aus der Natur entnimmt und als eigene Vorschrift (Ordination) zu bezeichnen das Recht hat. Auf solche Gebote bezieht sich das bekannte Wort: Natura non nisi parendo vincitur.

Nicht viel anders verhält es sich bei Recht und Sitte. Auch das Gebot des Rechts ist dem unübertretbaren Naturgesetze nicht ebenbürtig. Es kann erfolglos bleiben, wo der Gehorsamstrieb der Befehlsempfänger unzulänglich oder durch andere Triebe entkräftet ist. Die Omnipotenz des Staates steht nur auf dem geduldigen Papiere, in Wirklichkeit ist die Staatsgewalt ein Erzeugnis, das zu seiner Erhaltung der Pflege bedarf.

Übrigens befehlen auch die Rechtssätze vielfach nicht, sondern laden nur zu gewissen Handlungen ein, gerade wie die Sitten. So wenn sie zu Rechtsakten, z. B. Aneignung herrenloser Sachen, ermächtigen, aber nicht verpflichten. Darin unterscheiden sie sich freilich unbedingt von den Sitten, daß es zwar Sitten, aber nicht Rechtssätze gibt, die gar keine Beachtung verlangen.

Insoweit die Gesetze aber sich nicht an ihre Diener, sondern an die einzelnen Rechtsgenossen richten, erteilen sie in der Regel nur mittelbare Befehle. Sie stellen dem Gehorsamen Vorteile, dem Ungehorsamen Nachteile in Aussicht und erwarten, daß die Rechtsgenossen sich dem anpassen. Insoweit stehen sie den übertretbaren Normen eines naturgemäßen Lebens gleich.

Aber auch bei denjenigen Sitten, die wir als verpflichtende bezeichnet haben, verhält es sich ebenso. Nur die sanctio ist hier eine andere als bei den Rechtssätzen, die Art des Einflusses auf die Befehlsempfänger ist dieselbe. Es bilden sich als Seitenstücke der Rechtsgemeinden Personengruppen, die man Sittengemeinden nennen kann. In ihnen werden gewisse Gebräuche beobachtet und von den

einzelnen verlangt. Man denke nur an den Duellzwang. Der Einfluß auf den einzelnen ist hier genau ebenso mittelbar, wie bei dem Gesetze und dem übertretbaren Naturgesetze. Nur das Zwangs-(genauer Antriebs-)mittel der vis compulsiva ist hier ein anderes. Das willensbestimmende Zukunftsbild, das man bei Gesetzen sanctio nennt, d. h. der Träger der Triebkraft, liegt hier nicht in einer dauernd organisierten unabhängigen Zwangsgewalt (einer Erscheinung, die sich im großen und ganzen mit dem deckt, was wir Staat nennen), daher denn auch die Werkzeuge der Staatsgewalt zur Verwirklichung solcher verpflichtender Sitten nur so weit berufen sind, als besondere Rechtssätze dies vorschreiben. Soweit dies nicht der Fall ist, liegt die Triebkraft der Sitte lediglich in der Seele der einzelnen, die der Sittengemeinde angehören, in dem Wohlgefallen oder Mißfallen, das sie an dem Verhalten eines andern Gliedes derselben Gemeinde empfinden und bekunden. Ihr Wohlgefallen drängt dies Glied zu einem solchen Verhalten hin, ihr Mißfallen zieht es von ihm ab. Übrigens steht die Bezeugung dieses Empfindens oft keineswegs im freien Belieben der Beteiligten. Wie es nach der bekannten Darstellung des Gajus sekundäre Interdikte gab, die dahin wirkten, daß man sich den primären Interdikten fügte, so gibt es sekundäre Sitten, die die primären unterstützen. So trifft oftmals den, der sich dem Verfemten zugesellt, die gleiche Mißachtung wie diesen. Dies treibt die einzelnen Mitglieder der Sittengemeinschaft dazu, die Sittengebote durch eine Art von Vollstreckung zu wahren, wie die sanctio legis die Diener des Gesetzes für dessen Majestät verantwortlich macht.

Hieraus ergibt sich nun das Wesen des Verstoßes gegen eine Sitte im wörtlichen Sinne des Ausdrucks. Wer sich ihr nicht anpaßt, obwohl die Sittengemeinschaft, der er angehört, es verlangt, verstößt gegen sie. Er übertritt das Gebot oder Verbot, das aus ihr herausleuchtet. Es verhält sich dies genau so, wie bei der Nichtanpassung an ein übertretbares Naturgebot, einen Rechtssatz oder eine Religionsvorschrift.

Trotzdem zeigt sich bei diesen verschiedenen Arten von Verstößen gegen Verhaltungsregeln ein durchgreifender Unterschied.

Das Naturgesetz ist in seiner Kraft davon, ob man es beachtet, völlig unabhängig. Auch das Gesetz des Staates und der Gewohnheitsrechtssatz bestehen bei Verstößen in ihrer alten Kraft weiter. Höchstens gibt die Übertretung einen Anlaß zur Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechts, mit dem es aber zunächst noch gute Weile hat. Eine Sitte dagegen wird sofort abgeschwächt, wenn ihr Gegenteil zur Tat wird. Sie ist dann nicht mehr so zweifellos und vorbildlich, wie vorher. Jeder Verstoß gegen die Sitte ist also zugleich eine *Gefährdung ihrer Lebenskraft.*

Dadurch bekommt aber der Verstoß gegen die Sitte einen eigentümlichen Beigeschmack, der dem Verstoße gegen die andern Lebensregeln fremd ist und dem Begriffe des Verstoßes hier einen weiteren Umfang verschafft, als dies bei andern Lebensregeln der Fall ist.

Die Gefährdung einer Sitte ist nämlich auch auf andere Weise möglich als durch Zuwiderhandeln gegen ihren Inhalt. Man kann eine bestehende Sitte auch durch ein Verhalten gefährden, welches der Sitte zunächst nicht widerspricht, wenn man es für sich allein betrachtet. Eine solche Gefährdung geht contra bonos mores nicht als Ungehorsamsakt, wohl aber als *Schädigung* und man kann sie nur dann als Verstoß bezeichnen, wenn man dies Wort in einem etwas weiteren Sinne nimmt, als es sonst verwendet zu werden pflegt.

Dies läßt sich nur durch Beispiele veranschaulichen.

Der bekannte Gast, dem das hochzeitliche Kleid fehlt, begeht einen unmittelbaren Verstoß gegen einen Gebrauch, der als zwingend gilt. Wer dagegen seine Testierfreiheit zugunsten eines andern einschränkt, tut nichts, was, für sich allein betrachtet, eine Anstandsregel verletzt. Immerhin gibt er ein schlechtes Beispiel, das in seinen Folgen den guten Sitten Gefahr zu bringen vermag (BGB. § 2307). Die pietätvolle Schonung des Erblassers von seiten des Erben wird gefährdet, wenn der Erblasser den lieblosen Erben in seiner Aussicht auf die Erbfolge nicht mehr verkürzen kann. Auch war es wenigstens nach römischer Auffassung eine Pflicht des Erblassers, seinen Nachlaß nicht in untaugliche Hände gelangen zu lassen. (Damit hing auch die Regel

zusammen: Certum debet esse consilium testantis.) Daraus ergibt sich die Pflicht, letztwillige Verfügungen insoweit, als es das Pflichtteilsrecht erlaubt, zu widerrufen, wenn der letztwillig Bedachte sich so beträgt, daß er eine solche Behandlung verdient. Unterbleibt ein derartiger Widerruf, so werden namentlich die Gläubiger gefährdet, indem der Nachlaß ihres Schuldners in unzuverlässige Hände gerät. Daraus erklärt sich Dig. XXXV, 1 de conditionibus fr. 61 (Julianus): Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non fecerit, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. Die Römer verlangen hier eine freie Auswahl des Erben, so wie das Reichsgericht sie für Aufsichtsratsmitglieder begehrt, Entsch. Bd. 57 S. 205 ff. Verzichtet also ein Testator auf das Recht willkürlichen Widerrufs, so kann er die der Sitte entsprechende Abwickelung seiner Erbschaftsangelegenheiten gefährden.

Es war daher durchaus folgerichtig, daß die Römer Erbverträge überhaupt nicht zuließen. Wenn sich dies in Deutschland geändert hat, so liegt darin keineswegs eine Preisgabe der römischen Anschauungen über die Gefährdung der guten Sitten durch Erbverträge. Diese Gefährdung wurde vielmehr in Deutschland durch wichtige Bedürfnisse ausgeglichen, die dies Geschäft in den veränderten Verhältnissen erwünscht erscheinen ließen. Das Geschäft ist bei uns in seiner Gesamtwirkung nicht mehr den guten Sitten gefährlich. Das Schlechte, was es nach sich zieht, wird durch die Vorteile, die es gewährt, aufgewogen. Das Beispiel, das es gibt, ist in vielen Fällen ein so gutes, daß schlechte Einflüsse, die es etwa ausübt, dadurch überboten werden.

Einer Hauptgefahr dieses Geschäfts schiebt übrigens das BGB. einen besonderen Riegel vor, indem es aus Enterbungsgründen seine Unwiderruflichkeit aufhebt (§ 2294 BGB.) und auch sonst seine Widerruflichkeit gestattet (§ 2293). Auch § 2302 steht noch völlig auf dem römischen Standpunkte.

Daraus, daß das BGB. überall statt von Gefährdung der Sitten von einem Verstoße gegen sie redet, darf man daher eine sachliche Änderung des älteren Rechts [1]) nicht

---

[1]) Cod. VIII, 38 (39) de inutil. stip. c. 4.

folgern. Der Unterschied dieser Begriffe steht nicht so klar im allgemeinen Bewußtsein, daß die Vertauschung ihrer Namen auffällig erscheinen könnte.[1])

Sobald man unter dem Verstoße eine Gefährdung erblickt, wird man kein Bedenken mehr empfinden, den Ausdruck auch bei solchen Sitten anzuwenden, denen eine zwingende Kraft oder eine Befehlsnatur nicht innewohnt.

Andererseits wird aber durch die angegebene Auffassung der Umfang dieses Begriffes erheblich eingeschränkt und zwar in dem Punkte, der vornehmlich streitig ist, dem Verhältnisse zwischen Sittenwidrigkeit und Unsittlichkeit. Obwohl sogar unser Gesetzbuch die sittlichen Pflichten von den auf den Anstand zu nehmenden Rücksichten scharf sondert (§ 814) und obwohl es sofort in die Augen springt, daß äußere Gebräuche etwas anderes sind als der innere Trieb des sittlichen Empfindens, so besteht doch in der Verwendung des Wortes Sittengebot eine Sprachverwirrung. Ihre Ursache leuchtet nur dann ein, wenn man bedenkt, daß zweideutige und dunkle Ausdrücke den Menschen die Mühe schwieriger Unterscheidungen ersparen, über die eine allgemeine Klarheit nicht herrscht. Und doch erheischt das praktische Bedürfnis eine sorgfältige Sonderung zwischen Sitte und Gewissensgebot. Das bewußte Sittenwidrige wird freilich immer auch gewissenlos (unsittlich) sein. Dagegen gibt es Fälle einer Gefährdung der guten Sitten, die, wie der Verzicht auf die Testierfreiheit oder auf die freie Wahl eines Aufsichtsrates, nicht notwendigerweise dem sittlichen Gefühle widerstreben, weil sie nicht klar zutage liegt. — Andererseits, was viel wichtiger ist, gibt es aber unsittliche oder gewissenlose Handlungen, die nicht eine tatsächlich vorliegende Sitte gefährden.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in der Literatur eine unverkennbare Tendenz herrscht, Unsittlichkeit und Sittenwidrigkeit einander gleichzustellen. Dies zeigt sich schon

[1]) Plancks Kommentar zu § 138 sieht mit gutem Grunde die Wurzel des § 138 im gemeinen Rechte, dem sich auch das pr. Landrecht T. I Tit. 4 § 7 und der Code civil Art. 1133 angeschlossen haben.

in dem Titel der bekannten Schrift Lotmars: Der unmoralische Vertrag[1]), 1896.

Schon an anderer Stelle[2]) wurde die Ansicht vom Verfasser vertreten, daß man die gute Sitte nicht mit der Sittlichkeit als gleichartig betrachten darf. Die Sitte beruht, soweit sie überhaupt verpflichtet, auf Anstandsregeln, die in der Außenwelt hervorgetreten sind, die Sittlichkeit auf den inneren Geboten des Gewissens. Nur in dem letzten obersten Ziele, dem Wohle der Menschen, sowie in vielfacher Übereinstimmung des Verhaltens, das sie erwarten, hängen Recht, Sitte und Sittlichkeit zusammen. In dem Rechte finden wir namentlich, soweit es die Sitte schützt, politische Gedanken, die aus Rücksicht auf die Durchführbarkeit sich möglichst an äußere wahrnehmbare Ereignisse anklammern, und nicht erziehen, sondern nur die vorhandenen guten Sitten vor der Gefährdung durch böse Beispiele bewahren wollen.

Solche legislativ-politische Bestrebungen sind der eigentliche Zielpunkt des § 138 Abs. 1. Der Zweck dieser Vorschrift ist hiernach kein pönaler und kein erzieherischer. Des Richters Aufgabe ist hier nicht, zu strafen, noch weniger aber gleich einem Beichtvater Seelsorge zu üben. Nicht die unsittlichen Regungen der menschlichen Seele sollen bekämpft, sondern der wertvolle Schatz, den das Volk in bestehenden guten Sitten besitzt, soll gegen Beeinträchtigung gesichert werden. Darum kehrt sich die Vorschrift nicht bloß gegen Handlungen, die aus unlautern Trieben entstanden, sondern auch gegen solche schlimme oder gefährliche Beispiele, die aus wohlwollender Absicht, aber in Unkenntnis der Lebensverhältnisse vorgenommen worden sind.

---

[1]) Vgl. ferner Hölder, Kommentar zum Buch 1 des BGB. S. 305, Arch. f. zivil. Praxis Bd. 73 S. 102, Staudingers Kommentar zu § 138 A. 2, Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I § 85 Nr. 1, Cosack, Lehrb. Bd. I § 102 u. a. m. Entscheid. des RG. Bd. 38 Nr. 53 S. 199. Seufferts Arch. Bd. 49 Nr 238. 240, Bd. 51 Nr. 259. 260, Bd. 55 Nr. 70 Mot. I 211. — Richtig im wesentlichen Endemann, Lehrb. des bürg. R., IX. Aufl., Bd. I § 103 Nr. 6 S. 602, vgl. auch Plancks Kommentar zu § 138, 1. — [2]) Allg. Teil. Berlin, Guttentag 1900, S. 372. Ztschft. f. Hdlsr. a. a. O. Bd. 58 S. 609.

Will man den Verstoß gegen die guten Sitten auf alle verwerflichen Handlungen ausdehnen, so hat das für die Sicherheit des Geschäftsverkehrs weitgreifende Folgen. Der Rechtspfleger wird dann zum wahren Sitten- und Gewissensrichter, der die Geschäftstreibenden in die moralisch-gebotenen Wege einzwängt. Das Wort „Verstoß" paßt ja recht gut dazu. Sogar römische Texte scheinen zu dieser Vermischung des Sittenwidrigen mit dem Gewissenlosen Anstoß gegeben zu haben, namentlich der berühmte Ausspruch Papinians (Dig. 28, 7 de cond. inst. fr. 15):

> Quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Die Stelle gibt eine Begriffsbestimmung des contra bonos mores fieri und bezeichnet es anscheinend als eine Verletzung (laesio) gewisser Empfindungen, die sich im großen und ganzen mit den Gefühlen decken, die wir Gewissen oder sittliches Empfinden nennen (pietas und verecundia). Allein hieran macht die dritte im Bunde irre, die existimatio, die kein Gefühl, sondern einen äußern Zustand bezeichnet, den dignitatis illaesae status.[1]) Es liegt daher nahe, auch bei der pietas und verecundia an die Achtung und Ehrfurcht zu denken, die der Staatsbürger bei seinesgleichen genießt und die in der Tat von seiner Anpassung an die guten Sitten abhängt, nicht von seinem innern Empfinden, das sich menschlicher Beurteilung entzieht. Diese Anpassung soll im Zweifel vermutet werden, nicht aber die innere Gewissenhaftigkeit, die in der Regel ohne juristisches Interesse ist. Daß diese Deutung nicht willkürlich ist, ergibt sich aus den Worten „nostram" und „nos". Es handelt sich hier um Verletzung der eigenen pietas und verecundia durch pietäts- und schamlose Handlungen. Sieht man in diesen Ausdrücken die Namen sittlicher Empfindungen, so gibt dies keinen rechten Sinn. Wer schamlos handelt, hat keine pietas und verecundia, kann sie also nicht verletzen. Einen guten Sinn gibt die Stelle aber, wenn man

---

[1]) Dig. L, 13 de variis et extraord. cogn. fr. 5 § 1, vgl. des Verf. Rektoratsrede: Der Schutz der Ehre im alten Rom. Breslau 1902, S. 22 ff.

unter pietas und verecundia die Achtung versteht, die jemand bei andern besitzt, d. h. seinen guten Ruf. Diesen kann der Besitzer allerdings verlieren, indem er die bestehenden Sitten übertritt. Daran denkt ja auch wohl das preußische Landrecht, wenn es in T. I. Tit. 4 § 7 von Handlungen spricht, die die Ehrbarkeit beleidigen.

Eine Hauptbeweisstelle dafür, daß das Recht auch bei der Bewertung der guten Sitte „an der Außenseite haftet" (Ihering), ist eine vielfach mißverstandene Entscheidung Ulpians[1]) Dig. XII, 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam fr. 4 § 3:

> Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Man darf wohl annehmen, daß das turpiter facere sich mit dem contra bonos facere deckt (im Sinne des § 817 BGB.). Es wird in der l. 4 § 3 cit. ein Beispiel vorgeführt, das mehrere unsittliche Handlungen in sich schließt: die Teilnahme zweier Personen an der unsittlichen Verbindung, die Bezahlung und die Annahme des Lohns. Von diesen Handlungen wird nur einer, der letzteren, die turpitudo, d. i. die Gefährlichkeit für die guten Sitten, abgesprochen. Die Preisgabe der weiblichen Ehre für Geld war gefährlich, weil sie ein schlechtes Beispiel gab, nachdem sie aber geschehen war, konnte die Entgegennahme des Geldes die Gefährlichkeit des gegebenen Beispiels nicht weiter steigern. Anders die Bezahlung, die zu Wiederholungen des Unrechts ermutigen konnte. Unmoralisch ist also die Annahme des Sündenlohns allerdings, sittengefährlich ist sie aber als solche nicht.

Faßt man die Stelle so auf, so läßt sich die vielleicht überraschende Unterscheidung, die sie zwischen der Sittengefährlichkeit der Zahlung und des Empfanges eines Sündenlohns macht, noch heutzutage verwerten, ja sogar auf die

---

[1]) Kohler erklärt sie im Archiv f. bürg. R. Bd. 5. 5. 196 für eine reine Subtilität. Er steht damit nicht allein.

Besoldung anderer begangener Frevel in entsprechender Weise ausdehnen. Wer für ein begangenes Unrecht Geld nimmt, macht sich sicherlich einer unsittlichen Handlung schuldig, er steigert aber dadurch das schlechte Vorbild, das er bereits gegeben hat, als er das Unrecht um des Lohnes willen auf sich lud, nicht weiterhin. Das Unrecht war gewiß sittengefährlich, die Annahme des Lohnes erhöht aber diese Gefährlichkeit nicht mehr. Darum liegt in ihr nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 817). Dies würde zwar für die Möglichkeit des Rückgabeanspruchs gleichgiltig sein, weil der Geber wegen eigener Sittenwidrigkeit auf keinen Fall die Gabe zurückerhält. Es ist dies aber z. B. von praktischer Bedeutung für die Frage nach der Giltigkeit einer Empfangsvollmacht, die etwa eine Dirne nach der Beischlafsvollziehung ihrer Wirtin erteilt hat. Auch dieser Akt ist unsittlich, weil er mit der Unsittlichkeit der Vollmachtgeberin zusammenhängt. Er ist aber den Sitten nicht weiter gefährlich. Wohl aber würde eine Vollmacht, die etwa von seiten des zahlenden Beischläfers seinem Bankier erteilt wäre, den Sitten gefährlich, also ungiltig sein, denn ihre Beachtung würde ähnlichen Unsittlichkeiten ebenso zum Antriebe dienen, wie die Barzahlung durch den Auftraggeber.

Dieser vorbildliche Charakter der Sittengefährdung, der das Recht veranlaßt, ihr seine Aufmerksamkeit zu schenken, ist in besonders charakteristischer Weise aus den bekannten Worten des S. C. Macedonianum zu ersehen (Dig. 14, 6 de S. C. Macedon. fr. 1 pr.) cum . . . saepe materiam peccandi malis moribus praestarent, qui, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus pecuniam crederent.

Wenn endlich Ulpian meint, daß ein comprobare der erzwungenen Geschäfte contra bonos mores wäre (Dig. 50, 17 de reg. iuris fr. 116 pr.), so ist hier von einer Anerkennung solcher Akte in der Rechtspflege die Rede. Diese war dem alten Zivilrechte eigentümlich, kann also keineswegs als unsittlich gegolten haben. Wohl aber kam man allmählich dahinter, daß sie den guten Sitten gefährlich war, weil sie Erpressungen begünstigte.

Es ist dies wohl nicht der einzige Punkt, in dem erst die spätere Entwicklung einer Rücksicht auf die Gefahr für

die guten Sitten Rechnung trug. Das ältere Recht wird im Interesse der Rechtssicherheit die weitgehende Vollmacht, alle sittengefährlichen Geschäfte als ungiltig anzusehen, dem Richter wohl grundsätzlich verweigert haben. Darum ist es kaum glaublich, daß die Römer alles Ernstes dem Richter jemals die Macht gaben, noch außerhalb der Sittengefährlichkeit aus den sittlichen Erwägungen seines persönlichen Empfindens heraus Rechtsgeschäfte zu binden und zu lösen.

Nur auf diesem Boden wird man der Zweifel Herr werden, die die Veräußerung von Bordellen und ähnlicher Dinge in der Praxis entfesselt haben. Den „Idealen" des Rechts würde die unbedingte Ungiltigkeit dieser Geschäfte entsprechen; denn sie sind unsittlich.[1]) Man kann sogar in ihrer Vornahme einen „Verstoß" gegen die guten Sitten in der wörtlichen Bedeutung des Ausdruckes sehen. Dagegen fehlt ihnen in der Regel die Sittengefährlichkeit; denn die Nachteile, die von solchen Sachen ausgehen, vergrößern sich nicht, wenn sie aus einer Hand in die andere kommen, und die Unsittlichkeit, die ihr Erwerber mit ihrem Besitze dauernd auf sich ladet, wird dadurch ausgeglichen, daß ein anderer sich von der gleichen Unsittlichkeit befreit. Dasselbe gilt von der Veräußerung anstößiger Schriften und dergl.

Das vornehmlich politische Element, das in der Bekämpfung der Sittengefährlichkeit liegt, ist auch bisher keineswegs verkannt worden, vgl. Seufferts Archiv Bd. 49 Nr. 238, und namentlich Jastrow in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. XXXIV S. 500 im Widerspruche gegen eine richterliche Entscheidung (Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 438, zitiert in Dernburgs bürg. R. Bd. V § 75 S. 213 A. 6). Jastrow geht aber wohl darin zu weit, wenn er dem Richter S. 501 schlechterdings das Recht abspricht, „Herz und Nieren zu prüfen"; denn zuweilen muß dies doch geschehen, wenn z. B. ein Vorsatz oder eine Fahrlässigkeit festzustellen ist. Gleichgiltig sind die Motive bei der Sittenwidrigkeit der Geschäfte sicherlich nicht, fraglich ist nur,

---

[1]) Für eine „konventionelle Lüge" (vgl. Philipp a. a. O. S. 384) halte ich die Zurechnung dieser Geschäfte zu den unsittlichen nicht. Dig. V, 3 de her. pet. fr. 27 § 1 entspricht unseren Anschauungen nicht mehr, vgl. Kohler, Archiv f. bürg. R. Bd. 5 S. 247.

inwieweit sie noch neben dem Inhalte des Geschäfts in Frage kommen (Motive Bd. I S. 211, Protokolle Bd. I S. 123). Darüber kann m. E. nur die Gefährlichkeit der erkennbaren Beweggründe entscheiden. Deshalb hat auch die von Jastrow angefochtene, in Zweibrücken getroffene Entscheidung (Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 438) nicht ohne Grund alle wohltätigen Verfügungen zum Besten einer Konkubine für sittengefährlich erklärt. Mögen nämlich auch die Beweggründe des Verfügenden in einem derartigen Falle vielleicht von Unsittlichkeit frei sein, gefährlich bleibt immerhin das Beispiel der erkennbaren Belohnung eines Verhaltens, das grundsätzlich mißbilligt werden muß.

Aus gleichem Grunde wird man wohl den bekannten Streit über die conditiones religionis mutandae oder non mutandae aufzufassen haben. Unsittliche Bestrebungen sind hier keineswegs immer anzunehmen, wohl aber immer gefährliche Beispiele.

Mit dem Gesagten vereinbar ist auch die Bestimmung der sittenwidrigen Geschäfte von seiten des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 56 Nr. 58 S. 203) als solcher, „die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen", vgl. auch Entsch. Bd. 57 Nr. 47 S. 205 ff., Bd. 60 Nr. 67 S. 296, Bd. 46 Nr. 39 S. 154, Bd. 48 Nr. 64 S. 293. Ebenso wird in einer Reihe von Fällen die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten deshalb abgelehnt, weil es an Umständen fehlte, die das angegriffene Geschäft zu einem bösen Beispiele für gute Sitten hätten machen können. Dies ist besonders klar ausgedrückt im Bd. 52 Nr. 78 S. 293, vgl. aber auch Bd. 53 Nr. 46 S. 186, Bd. 55 Nr. 20 S. 76, Bd. 57 Nr. 58 S. 255.

Wenn es nun hiernach auch hinsichtlich des § 138 jedenfalls für den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten bei dem alten Recht geblieben ist, so ist das gleiche für § 826 zweifelhaft. Es ist in der Tat sehr wohl möglich, daß man bei der Abfassung dieser Vorschrift im Banne der Zweideutigkeit des Wortes Sittengebot stand und hier jede moralisch verwerfliche Schädigung als Verstoß gegen die

guten Sitten treffen wollte. Wenn man jedoch die Vorschrift nicht allzu pedantisch deutet, wird man so ziemlich in allen böslichen Schädigungen eines anderen die Gefährdung guter Sitten sehen können, also nicht zu der Annahme genötigt sein, daß die Terminologie des BGB. sich hinsichtlich des Verstoßes gegen die guten Sitten der Vieldeutigkeit schuldig macht.

Es hat ja allerdings etwas sehr Bestechendes, den Richter zum Wächter der Sittlichkeit zu erheben und das Schwert der Gerechtigkeit von der Stimme des Gewissens leiten zu lassen. Für schlichte Kulturstufen, denen die Unsicherheit der Rechtspflege selbstverständlich ist, mag dies passend scheinen, vielleicht auch für zukünftige Idealbilder der Rechtspflege. Zurzeit ist der deutsche Richter ein vorsichtiger Beamter, den die Anpassung seiner Pflicht an die Gebräuche seines Volkes nicht bedrückt.

Nur darin ist er schon jetzt dem Gesetzgeber ebenbürtig, daß es ihm überlassen ist, die Güte der Sitte zu bestimmen und die Sitten, die nicht gut zu sein scheinen, bei seinem Kampfe gegen den Verstoß gegen die Sitten außer Betracht zu lassen. So schafft er kraft gesetzlicher Vollmacht aus dem Stoffe, den ihm die Sitte und die eigene Bewertung der Sitte darbietet, ergänzende Normen, die Gesetzestexten gleichwertig sind und daher in der Redeweise Stammlers sehr wohl als „richtiges Recht" bezeichnet werden können. Der Richter steht aber dabei auf dem Boden des Gesetzes, dessen Wunsch er entspricht.[1])

Insoweit der Richter hiernach gute Sitten schützt (§§ 138. 817. 826. 242. 157), ist der Inhalt dieser Sitten zugleich Recht und Sitte. Die Inhaltsidentität verschiedener sozialer Gebote, die von verschiedenen Gewalthabern (Gottheit, Sitte, Gewissen, Obrigkeit) bekräftigt werden, ist eine bekannte Erscheinung, die sich auch hier zeigt und uns nicht befremden darf. Es gibt hier kein: Entweder — Oder, also auch keine Notwendigkeit, den Inhalt der Sitte von dem Inhalt des Rechts zu sondern.

---

[1]) Von der sog. „Freirechtlerei" ist daher bei der Methode dieser Ergänzung der Gesetze und Rechtsgewohnheiten durch richtige oder angemessene Grundsätze nicht die Rede.

Indem der Richter auf einem Gebiete, in dem die überlieferten Rechtssätze ihn im Stiche lassen, immerhin doch wenigstens an überlieferte Gebräuche gebunden bleibt, findet das Recht des Verstoßes gegen die guten Sitten so viel Festigkeit, als für die Rechtssicherheit erforderlich ist, ohne die Prüfung der Güte der Sitten dem freien Ermessen zu versagen.

Der Mittelweg zwischen einer allzu starren Form und einer allzu ungebundenen, im Verkehrsleben unvorhersehbaren Praxis ist auch hier im Laufe der Rechtsgeschichte gefunden worden. Er liegt in dem Grundsatze:

„Der Verstoß gegen die guten Sitten
liegt in der Gefährdung ihrer Fortdauer.“

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.